Der Erwerb von Grundstücken von seiten einer offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Wilhelm von Langen,

Referendar.

Breslau 1906.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, e. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Beyerle.

Brie, Dekan.

Meinem lieben Grossvater,

dem Königlichen Bergrat a. D.

Herrn Oskar Schmidt-Reder

in aufrichtiger Liebe und Verehrung
gewidmet.

Literaturverzeichnis.

Achilles, Alex: Die preuss. Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872. 3. Auflage, Berlin 1881. Zit. Achilles 1881.

Achilles, Dr. A. und O. Strecker: Grundbuchordnung, I. Teil 1901. Zit. Achilles.

Adler, Dr. R.: Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. 1895.

Anschütz, Dr. A. und Dr. Frh. v. Wölderndorff: Kommentar z. allg. deutschen H.G.B. 1870. II. Bd.

Bahlmann: Die preuss. Grundbuchordnung. 1880.

Behrend, Dr. J.: Lehrbuch des Handelsrechts. 1886. I. Bd.

Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Cosack, K.: Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903.

Denkschrift zum Entwurf eines H.G.Bs. Guttentagsche Ausgabe.

Dahn, Dr. F.: Handelsrechtliche Vorträge. Leipzig 1875.

Eccius, Dr.: Die Stellung der off. Handelsgesellschaft als Prozesspartei, in Goldschmidt, Z. (s. dort), Bd. 32, S. 1 ff.

Endemann: Handbuch des deutschen Handels-, Wechsels- und Seerechts. 1881. I. Bd.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Zit. R.O.H.G.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts; zusammengestellt im Reichsjustizamt.

Fischer, Dr. O. und Dr. L. Schäfer: Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1902.

Frankenburger, Dr. H.: Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich. 2. Aufl. 1902.

Freytag und Techow: Entscheidungen des königl. preuss. Oberverwaltungsgerichtes.

Fuchs, Dr. E.: Grundbuchrecht. 1902. I. Bd.

Gareis: Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1900.

Gierke: Grundzüge des Handelsrechts in Holtzendorff, Enzyklopädie, I., Bd. 6. Zit. Gierke, H.R.

Gierke: Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

Goldmann, S.: Das Handelsgesetzbuch. 1901. II. Bd.

Goldschmidt, L.: System des Handelsrechts. 3. Aufl. 1891. Zit. Goldschmidt, S.

Goldschmidt, L.: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Zit. Goldschmidt, Z.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Herausgegeben von Rassow-Küntzel.

Hahn, F. v.: Kommentar z. allg. deutschen H.G.B, 4. Aufl. 1894. I. Bd.

Jäger, Dr. E.: Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. 1897.

Johow: Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.

Juristische Wochenschrift: Organ des deutschen Anwalt-Vereins. Herausgegeben von M. Kempner. Zit. J. W.

Kallfelz, K.: Eigentumsübergang behufs Vergemeinschaftung zwischen Gesellschaftern. Inaug.-Diss. Erlangen. 1898.

Laband: Beiträge zur Dogmatik des Gesellschaftrechts, in Goldschmidt, Z. (s. dort), Bd. 30 und 31.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch. 1902. I. Bd.

Lutz, J. v.: Protokolle der Kommission zur Beratung eines allg. deutschen H.G.Bs. 1867. I. Bd. und Beilagenband.

Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 12. Aufl. 1898. I. Bd.

Nagler, Dr.: Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte; im sächs. Archiv f. bürg. Recht und Praxis. 10. Bd., S. 695 ff.

Oberneck, Dr. G.: Die preuss. Grundbuchgesetze. 2. Aufl. 1896.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs zum B.G.B. Ausgabe Guttentag.

Puchelt, Dr. S. und R. Förtsch: Kommentar z. allg. deutschen H.G.B. 4. Aufl. 1893. I. Bd.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Zit. R.O.H.G.

Rudolph, Konrad: Die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft. Inaug.-Diss. Breslau. 1905.

R.G., siehe Entscheidungen des Reichsgerichts.

Staub, Dr. H.: Kommentar z. allg. deutschen H.G.B. 3. und 4. Aufl. 1896.

Strey, A.: Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht. 1873. I. Abteilung.

Thöl, Dr. G.: Das Handelsrecht. 6. Aufl. 1879. I. Bd.

Turnau, Dr. W.: Die Grundbuchordnung. 5. Aufl. 1892.

Turnau, Dr. W. und R. Förster: Das Liegenschaftsrecht. 1901. II. Bd.

Z., siehe Goldschmidt, Z.

I. Kapitel.

Die Grundlagen der offenen Handelsgesellschaft.

§ 1.

Eine offene Handelsgesellschaft ist nach § 105 H.G.B. eine Gesellschaft „deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und bei der bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist".

Der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma und die Trennung zwischen dem Gesellschaftsvermögen einerseits und den Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter andrerseits unterscheidet die offene Handelsgesellschaft hauptsächlich von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die Solidarhaft der Gesellschafter von der Kommandit- und Aktienkommanditgesellschaft, bei denen die Beteiligung einzelner, der Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung, bei denen die Beteiligung aller Gesellschafter auf Vermögenseinlagen beschränkt ist. Nach § 124 Abs. 1 H.G.B. ist der offenen Handelsgesellschaft das Recht beigelegt, unter ihrer Firma Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken zu erwerben. In diesen Worten liegt ausgesprochen, dass die offene Handelsgesellschaft Vermögen erwerben und

haben kann. Über die rechtliche Natur dieses Gesellschaftsvermögens herrscht Streit; Übereinstimmung besteht zwar darüber, dass das Gesellschaftsvermögen als eine universitas iuris abgesondert ist von dem gewöhnlichen Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter, dem direkten Zugriffe der Privatgläubiger jedes Gesellschafters entzogen und einzig für Gesellschaftszwecke, unter die in diesem Sinne naturgemäss auch die Auszahlung der Dividende gehört, zu verwenden ist. Doch „schwindet" — wie Laband[1]) sagt — „diese Einmütigkeit bald, wenn man über die äussere Erscheinung hinweggeht und den tiefern Grund dieser Rechtsbildung festzustellen sich bestrebt".

Die offene Handelsgesellschaft wird so von der einen Seite für eine juristische Person erklärt, andere Autoritäten — so Laband — sehen in ihr das römische Miteigentum verkörpert, doch kann man wohl sagen, dass heute fast allgemein die Ansicht aufrecht gehalten wird, dass hier das deutschrechtliche Institut des Eigentums zur gesamten Hand zugrunde liegt.

Auf dieser vom Gesetz anerkannten Möglichkeit und Notwendigkeit der Bildung eines Gesellschaftsvermögens beruht im Grunde auch die selbständige Stellung der offenen Handelsgesellschaft im Prozess. Denn nur unter der Voraussetzung, dass die Gesellschaft unter ihrer Firma Grundstücke und andere Vermögensrechte zu erwerben fähig ist, kann es genügen, im Prozess die Firma zu verklagen und gegen diese den vollstreckbaren Titel ausfertigen zu lassen. Nach § 124 Abs. 1 H.G.B. kann sie vor Gericht unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, die einzelnen Gesellschafter brauchen nicht namentlich erwähnt zu werden.

[1]) a. a. O. Bd. XXXI S. 1.

In dieser Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft im Prozesse liegt ein ganz neuer, moderner Rechtsgedanke ausgesprochen; denn hiermit wird einem Rechtsgebilde, dem die materielle Rechtspersönlichkeit unbedingt fehlt, Parteifähigkeit zugesprochen, es also formell, d. h. prozessualisch zum Rechtssubjekt gemacht. Über die Kontroverse, ob und warum eine Scheidung der formellen Rechtssubjektivität von der materiellen möglich ist, vergleiche die eingehenden Ausführungen bei Rudolph, a. a. O. S. 26 ff. Der schwerwiegende Grund, warum bei der offenen Handelsgesellschaft als Ausnahme zu § 50 Absch. I Z.P.O.: „Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist“ — Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit angenommen werden muss, ist der, dass im andern Falle nur die Gesellschafter selbst Partei sein könnten und dies, wie Rudolph a. a. O. ausführt, mit den sich notwendig daraus ergebenden Folgen nicht im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften steht. Allerdings ist infolgedessen ein gegen die Gesellschaft ergangenes vollstreckbares Urteil nur in das Gesellschaftsvermögen und nicht in die Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter vollstreckbar. Dies erklärt sich daraus, dass das im Gesellschaftsprozess ergangene Urteil nur unter Vorbehalt der in der Person der einzelnen Gesellschafter begründeten Einwendungen gegen diese wirksam ist — vergl. § 129 Abs. 1 H.G.B. —, dies Urteil also dem einzelnen Gesellschafter gegenüber nur als Präjudizialurteil mit der Wirkung auftritt, dass ihm, falls er persönlich von dem Dritten belangt wird, die im vorhergegangenen Gesellschaftsprozess verhandelten Einreden versagt sind. Darum wird im allgemeinen jeder, der sicher gehen will, mit der Klage gegen die Gesellschaft die Klage gegen die Gesellschafter verbinden.

§ 2.

Das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft setzt sich aus zwei Elementen zusammen: 1. die Einlagen der Gesellschafter, 2. der Gewinn im Handelsgewerbe. Die Einlagen können in zweifacher Weise geschehen: entweder werden die eingebrachten Sachen der Gesellschaft zu Eigentum (quoad sortem sive dominium) überlassen, wobei das Eigentum an ihnen an die Gesellschaft bezw. alle Gesellschafter übergeht, oder nur zur Nutzung (quoad usum), wobei lediglich das Recht zum Gebrauch und eventuellen Fruchtziehung übergeht, das Eigentum selbst an ihnen aber dem inferierenden Gesellschafter verbleibt.

Soweit nur die Nutzung bei den Einlagen auf die Gesellschaft übergeht, treten diese rechtlich nicht weiter hervor. Bei Auflösung der Gesellschaft oder bei Ausscheiden eines Gesellschafters fallen sie naturgemäss in das unbeschränkte Verfügungsrecht des betreffenden Gesellschafters zurück. Schwieriger ist oft die Behandlung der zu Eigentum der Gesellschaft eingebrachten Sachen, da hier die Frage in Betracht kommt, wer nun eigentlich Eigentümer der betreffenden Einlagen geworden ist und wann er es geworden ist. Doch darüber später.

Bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages werden gewöhnlich die Beiträge (Illaten genannt) genau festgestellt; so kommt es, dass man zwischen einem Illationsversprechen und der tatsächlich vollzogenen Illation unterscheiden muss. Diese vollzieht sich, wenigstens um gegenüber Dritten Wirksamkeit zu erlangen, in den gewöhnlichen, dem Sachenrecht angehörenden Formen des Eigentumsüberganges. Hier soll „der Erwerb von Grundstücken von seiten einer offenen Handelsgesellschaft“ behandelt, das heisst erörtert werden, unter welchen Umständen und nach Vollendung welcher

Rechtshandlungen das Grundstück rechtlich als volles Gesellschaftseigentum angesehen werden muss. Da man aber vielleicht auch den Ausdruck „Erwerb“ erweitern und auf das innere Verhältnis beziehen könnte, wann ein inferiertes Grundstück im Verhältnis zu den Gesellschaftern zum Gesellschaftsvermögen gehört, in welchem Momente, also, praktisch gesprochen, Gefahr und Nutzung von dem Sozius auf die Gesellschaft übergeht, so möchte ich zur Beantwortung dieser Frage auf zwei entgegengesetzte Meinungen kurz hinweisen: Laband[1]) meint bezüglich der Illaten: der Übergang von periculum und commodum auf das Gesellschaftsvermögen und der Übergang der Verfügungsbefugnis auf die zur Vertretung der Firma Berechtigten ist nicht eine Folge des Eigentumsüberganges als solchen, sondern wird schon durch den Sozietätsvertrag bewirkt.

Dieser von Adler[2]) als „subjektiven Theorie“ bezeichneten Auffassung gegenüber, die neuerdings das Reichsgericht (Entsch. 50, 159) bestätigt hat, stellt dieser selbst eine „objektive Theorie“ auf. Das pactum de inferendo erzeuge keine Aktiva des Gesellschaftsvermögens, erst nach Vollziehung jener dem Sachenrechte angehörenden Vorschriften über Eigentumsübertragung könne man von Gesellschaftsvermögen auch unter den Gesellschaftern selbst reden.

Analog nun der Entstehung des Gesellschaftsvermögens aus den Einlagen und dem Gewinn im Handel gliedert sich der Stoff der vorliegenden Arbeit in zwei Fragen: 1. Welche Formalitäten müssen erfüllt sein, um ein von Dritten erworbenes Grundstück als Eigentum der Gesell-

[1]) a. a. O. Bd. XXXI S. 38.
[2]) a. a. O. S. 103.

schaft bezeichnen zu können? 2. In welchem Zeitpunkt wird ein inferiertes Grundstück Eigentum der Gesellschaft, hier wieder mit dem Unterschiede, ob das Grundstück vor der Illation im Alleineigentum eines oder im Miteigentum aller Gesellschafter sich befand?

II. Kapitel.

Der Grundstückserwerb von Dritten.

§ 3.

Interessant ist die Entwicklung der Vermögensfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft und besonders der Formen, unter denen sie zum Immobiliarerwerb allmählich zugelassen wurde.

Die Vermögensfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft als solcher, d. h. das Recht unter ihrer Firma Eigentum und andere Rechte an Mobilien und Immobilien zu erwerben, wurde zum ersten Male im Art. 111 des alten Handelsgesetzbuches vom Jahre 1861 gesetzlich fixiert. Natürlich besassen die schon bestehenden Handelsgesellschaften schon vorher Grundstücke usw., doch waren diese, falls sie in Preussen ins Hypothekenbuch eingetragen waren, nicht auf die Gesellschaftsfirma, sondern auf die Namen der einzelnen Gesellschafter eingetragen. Es hatte also der scheinbare Eigentumserwerb von Immobilien von seiten einer offenen Handelsgesellschaft rechtlich dieselbe Form, als wenn eine Anzahl Kaufleute das Grundstück als Miteigentümer erworben hätten. In Betracht kam A.L.R. II, 6, § 13, welcher besagt, dass erlaubte Gesellschaften keine moralische Person darstellen und daher als solche

weder Grundstücke noch Kapitalien auf den Namen der Gesellschaft erwerben können; § 16 eod. sagt zwar, dass Handelsgesellschaften nach den besonderen Vorschriften des I. Teil, 17. Titel, 3. Absch. und I. Teil, 8. Titel, 7. Absch. beurteilt werden, doch finden sich hier keine näheren Bestimmungen über den Eigentumserwerb, mit Ausnahme der einen Bestimmung (I, 17, 3, § 199); falls Grundstücke zum Fonds der Sozietät beigetragen und als gemeines Eigentum angesehen werden sollen, so soll deren förmliche Zuschreibung an die Gesellschafter im Hypothekenbuch erfolgen. — Es finden also die allgemeinen Grundsätze über Eigentumserwerb des A.L.Rs. Anwendung, da die Zuschreibung an die Gesellschafter, nicht an die Gesellschaft als solche erfolgt.

Als nun das alte Handelsgesetzbuch bestimmte, dass die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Vermögen erwerben könne, musste die Gesetzgebung Formen schaffen, unter denen dies z. B. bei Immobilien möglich sei. Zu diesem Zweck wurde im preussischen Einführungsgesetz zum (alten) Handelsgesetzbuche im Art. 23 folgendes bestimmt:

„Grundstücke etc., welche zu dem Vermögen einer Handelsgesellschaft gehören, sei dies eine offene Gesellschaft . . . ., werden auf den Namen der Gesellschaft im Hypothekenbuche eingetragen.

Hierbei gelten nachstehende Bestimmungen:

§ 1: Die Eintragung erfolgt ohne Benennung der einzelnen Gesellschafter; sie darf erst geschehen, wenn die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister nachgewiesen ist. Bei der Eintragung ist die Firma der Gesellschaft, und der Ort, wo sie ihren Sitz hat, anzugeben.

§ 2 sagt: Bei Verfügungen, die in das Hypothekenbuch eingetragen werden sollen, genügt zur Feststellung der Befugnis dessen, der im Namen der Gesellschaft verfügt hat, der Nachweis der Vertretungsmacht des betreffenden Gesellschafters aus dem Handelsregister.

§ 3: Die Nachweise sind aus dem Handelsregister zu führen. — Dies preussische Landesgesetz machte also die Eintragung von offenen Handelsgesellschaften ins Hypothekenbuch abhängig von der Firmenregistrierung, eine Einschränkung, die auch später in Kraft blieb. Denn das Gesetz betreffend die Einführung . . . . des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches als Bundesgesetze vom 5. Juni 1869 bestimmte in § 2:

> Die bei oder nach Einführung . . . . des Handelsgesetzbuches in die einzelnen Bundesstaaten oder deren Landesteile im Wege der Landesgesetzgebung erlassenen Vorschriften bleiben als landesgesetzliche Vorschriften in soweit in Kraft, als sie nur eine Ergänzung und nicht eine Abänderung einer Bestimmung . . . . des Handelsgesetzbuches enthalten.

Eine blosse Firmenänderung war unerheblich, sie konnte gemäss einem Zusatz zu § 1 Art. 23 d. preuss. Einf-Ges. z. H.G.B. vom Grundbuchrichter ohne weiteres eingetragen werden.

Bezüglich der Legitimation des die Eintragung beantragenden Gesellschafters »genügt«, so heisst es ebendort § 2, der Nachweis der Vertretungsmacht aus dem Handelsregister. Es konnte der Nachweis also auch auf jede andere überzeugende Art geführt werden.

Zur Ergänzung dieses preussischen Einführungsgesetzes erging noch die preussische Instruktion vom 12. Dezember 1861, die noch einige Ausführungs-

vorschriften gibt; so im § 102: nach den allgemeinen für die Führung des Hypothekenbuches geltenden Grundsätzen ist durch öffentliche Urkunden der Nachweis zu führen, dass gerade für die Gesellschaft erworben und diese Eigentümerin geworden sei"

und z. B. § 105:

Der im § 3 Art. 23 d. Einf.-Ges. bezeichneten Nachweise bedarf es nicht, wenn das Handelsregister und Hypothekenbuch von demselben Gericht geführt wird.

Durch Art. 23 Einf.-Ges. ist den Handelsgesellschaften also insofern ein Privilegium erteilt, als mit dem Ein- oder Austritt aus der Gesellschaft zugleich der Ein- oder Austritt aus dem Miteigentumsverhältnisse an dem Grundstück ohne Bucheintragung vor sich geht.

Der Rechtszustand vor 1872 in Preussen war also kurz folgender: jede offene Handelsgesellschaft konnte, auch ohne ins Handelsregister eingetragen zu sein, Immobilien unter ihrer Firma erwerben. Zur Eintragung dieses Erwerbs ins Hypothekenbuch (s. g. Besitztitelberichtigung) war aber der Nachweis der Firmenregistrierung notwendig; so z. B. immer, wenn die Gesellschaft eine Hypothek aufnehmen wollte.

§ 4.

Wichtige Veränderungen brachte das Jahr 1872, indem es für das materielle Recht des Immobiliarverkehrs das Eigentumserwerbsgesetz, für das formelle Recht die Grundbuchordnung schuf.

Nach § 1 d. E.E.G. kann „im Falle einer freiwilligen Veräusserung Eigentum an einem Grundstücke nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigentumsüberganges im Grundbuch erworben werden."

Die Auflassung erfolgt durch die beim Grundbuchrichter abgegebene Erklärung des eingetragenen Eigentümers, dass er die Eintragung des neuen Eigentümers bewillige, und des letzteren, dass er diese Eintragung beantrage. Hierauf erfolgt die Eintragung ins Grundbuch, wobei zu beachten ist, dass das früher herrschende Legitimitätsprinzip durch das Konsensprinzip ersetzt ist, d. h. der Grundbuchrichter hat nur zu prüfen, „ob die Kontrahenten befugt und imstande sind zu diesen Willenserklärungen und ob allen gesetzlichen Erfordernissen hinsichtlich dieser Willenserklärungen genügt ist“ (Turnau[1])). Dagegen ist nicht mehr der Nachweis der Rechtsgültigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes erforderlich „oder die Übereinstimmung der beantragten Eintragung mit dem materiellen Rechte“.

Bezüglich der Legitimation des die Eintragung beantragenden Gesellschafters gilt noch dasselbe wie vor dem Jahre 1872.

Ob dies auch bezüglich der Verbindung von Handelsregister und Grundbuch der Fall ist, ist streitig. Zwar sagt § 10 G.B.O. (von 1872):

„In die erste Spalte der ersten Abteilung ist einzutragen:

der Eigentümer; eine Gesellschaft unter ihrer Firma und Bezeichnung des Ortes, wo sie ihren Sitz hat“

enthält also keine Verweisung auf das Handelsregister, ferner erklärte § 143 Abs. 2 G.B.O. (von 1872) alle die Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 abändernden oder ergänzenden Gesetze für aufgehoben; so schliesst daraus z. B. Achilles[2]), dass zur Eintragung der offenen

[1]) a. a. O. I. B. S. 168.
[2]) a. a. O. Jahrg. 1881 S. 425.

Handelsgesellschaft ins Grundbuch der Nachweis der Firmenregistrierung nicht gehöre, es dürfe event. darnach nur geforscht werden, um die Legitimation der Vertreter, die beim Grundbuchamte Eintragungen beantragen, zu prüfen. Doch bestimmt andrerseits § 23 E.E.G.: „Die Eintragungsbewilligung muss auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lauten". Aus dieser Bestimmung entnimmt z. B. Turnau[1]) die Notwendigkeit des vorherigen Nachweises der Firmenregistrierung. M. E. ist der Ansicht von Achilles beizutreten; § 23 E.E.G. wollte gewiss nur allgemein gehaltene Gläubigerbezeichnungen, so z. B. „meine Kinder, meine Hausgenossen" etc. etc. ausschliessen.

Alle diese Vorschriften treten nach § 1 E.E.G. nur im Falle einer freiwilligen Veräusserung ein. Zur Ergänzung diente daher § 5 E.E.G.: „Ausserhalb der Fälle einer freiwilligen Veräusserung wird Grundeigentum nach dem bisher geltenden Rechte erworben. Das Recht der Auflassung und Belastung des Grundstücks erlangt der Erwerber erst durch seine Eintragung ins Grundbuch."

Diese nachträgliche Eintragung des Erwerbers gleicht also einer Berichtigung des Grundbuchs. Um sie von der auf Grund einer Auflassung vorgenommenen zu unterscheiden, bestimmte § 10 G.B.O. (von 1872):

„Wenn der Erwerb durch Auflassung geschieht, muss diese und zwar mit ihrem Datum vermerkt werden."

Fälle einer nicht freiwilligen Veräusserung resp. Erwerbung werden bei der offenen Handelsgesellschaft sehr selten sein, es ist wohl nur der Erbgang und der Erwerb bei einer Zwangsversteigerung zu erwähnen.

Im wesentlichen ist der Rechtszustand auch heute noch so geblieben, nur dass die Landesgesetze durch die Reichs-

[1]) a. a. O. I, 37, I; 10.

gesetzgebung ausser Kraft gesetzt sind, und so das Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 durch das bürgerliche Gesetzbuch, die Grundbuchordnung für Preussen von 1872 durch die Reichsgrundbuchordnung vom 24. März 1897 ersetzt ist.

§ 873 B.G.B. regelt den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Grundstücken und verlangt Einigung und Eintragung.

§ 48 G.B.O. bestimmt, dass, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, das für die Gemeinschaft massgebende Rechtsverhältnis angegeben werden soll. Dazu gibt die preussische allgemeine Verfügung vom 20. November 1899 zur Ausführung der Grundbuchordnung in § 4 noch die Erleichterung, dass nicht einmal die Namen der Gesellschafter eingetragen zu werden brauchen:

„Zur Bezeichnung der Berechtigten sind im Grundbuch anzugeben:

2) bei Handelsgesellschaften . . . . die Firma oder der Name und der Sitz."

So haben die offenen Handelsgesellschaften also das ihnen schon durch Art. 23 Einf.-Ges. zum Handelsgesetzbuch von 1861 verliehene Privilegium behalten.

Auch über die Legitimation der Vertreter einer offenen Handelsgesellschaft vor dem Grundbuchrichter gilt noch das Gleiche: nach § 33 G.B.O. wird dieser Nachweis durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung geführt, wobei die §§ 125, 126 H.G.B. zugrunde zu legen sind. Nur in dem Falle, dass das Grundbuchamt zugleich das Registergericht ist, genügt nach § 35 G.B.O. eine einfache Verweisung auf das Register.

Im übrigen ist aber der Zusammenhang zwischen Handelsregister und Grundbuch gelöst; vergl. Turnau-Förster:[1])

„Eintragungen in das Grundbuch für eine Handelsgesellschaft, bei denen sie nicht mitzuwirken hat, sind nicht von dem Nachweis abhängig zu machen, dass die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist."

Denn § 33 ist der einzige Fall, wo für das Immobilarrecht bezüglich der Grundbucheintragungen auf das Handelsregister Bezug genommen wird. Ebenso Lehmann-Ring.[2])

III. Kapitel.

Grundstückserwerb im Wege der Illation.

§ 5.

Neben dieser Art des Eigentumserwerbs durch Verhandlungen mit dritten Personen steht die andere grosse Gruppe des Erwerbs durch Illation, wobei, wie schon gesagt, nur die illatio quoad sortem in Betracht kommt. Die Frage, in welcher Weise sich hier der Eigentumsübergang vollzieht, gehörte (einst) zu den heiss umstrittenen Streitfragen des alten Handelsgesetzbuches. Anlass dazu gab die eigentümliche Fassung des Art. 91. Dieser sagte nämlich:

1. im Absatz 1:

„Wenn unverbrauchbare und unvertretbare Sachen nach einer Schätzung, die nicht bloss zum Zwecke

[1]) a. a. O. II. Bd. S. 202, Anm. z. § 33 G.B.O.

[2]) a. a. O. S. 260.

der Gewinnverteilung geschieht, in die Gesellschaft eingebracht werden, so werden diese Eigentum der Gesellschaft";

und im Absatz 2:

„Im Zweifel wird angenommen, dass die in das Inventar der Gesellschaft mit Unterschrift aller Gesellschafter eingetragenen, bis dahin einem Gesellschafter gehörigen beweglichen oder unbeweglichen Sachen Eigentum der Gesellschaft geworden sind."

Aus Absatz 1 folgert nun Anschütz[1]) — ebenso z B. Koch, Kommentar zum H.G.B. —, dass allein die Schätzung, falls sie nicht nur zum Zwecke der Gewinnverteilung geschieht, geeignet sei, Eigentum an die Gesellschaft zu übertragen nach Analogie des Satzes des römischen Dotalrechtes: quia aestimatio venditio est (l 10 § 5 D. de iur. dot. XXIII, 3). Doch könne der Gesellschafter jederzeit den Gegenbeweis liefern dahin, dass die Schätzung nur zum Zwecke der Gewinnverteilung geschehen sei.

Sicherer sei die Vermutung aus Absatz 2 des Art. 91: Die Aufnahme ins Inventar bilde einen rechtlichen Erwerbstitel für die Gesellschaft.

„Die Überlassung an die Gesellschaft durch Eintragung in das Inventar ist eine im H.G.B. anerkannte besondere Eigentumserwerbsart. Es liegt darin präsumptiv eine Veräusserung an die Gesellschaft . . . . unter onerosem Titel, analog dem Kaufvertrage."

Anschütz meint also, die Schätzung an und für sich, ebenso die Aufnahme ins Inventar, bewirkten den Eigentumsübergang an die Gesellschaft. Illationsversprechen und wirkliche Illation fielen hier zusammen, es bedürfe nicht mehr der sonst beim Eigentumsübergang vorgeschriebenen

[1]) a. a. O. S. 126.

Formalitäten, so bei Grundstücken z. B. der Auflassung und Eintragung der Gesellschaft unter ihrer Firma ins Grundbuch.

Doch diese Auffassung entspricht sicher nicht dem Willen des Gesetzgebers. Nicht nur, dass die Motive (S. 54) und Protokolle[1]) ausdrücklich sagen, dass „neben Art. 91 alle Formvorschriften über Eigentumsübertragung unbeirrt fortzubestehen haben", sondern auch die meisten Autoritäten bekämpfen sie energisch. So Turnau[2]), Bahlmann[3]), Behrend[4]); Laband[5]) spricht von „sachenrechtlichen Vorgängen, die die Erfüllung der obligatorischen Verpflichtung vermitteln", Adler[6]) davon, „dass Art. 91 die übrigen Voraussetzungen des Eigentumserwerbs nicht erlasse."

Die Anschützsche Interpretation des Art. 91 ist also mit Recht als unrichtig zu verwerfen. Vergl. auch das Erkenntnis des Obertribunals[7]) und das Urteil des O.A.G. zu Jena von 1870[8]), ferner das Urteil des Reichsgerichtes vom 23. Oktober 1893.[9])

Heute ist der Streit geschlichtet: An Stelle des Art. 91 des alten H.G.B. ist nach § 105 Abs. 2 des neuen H.G.B. das B.G.B. und zwar speziell § 706 getreten, der klar ausspricht, dass sich jene auch hier aufgenommene Vermutung des Abs. 1 des Art. 91 bei Übertragungen ven-

[1]) Lutz, a. a. O. Bd. I S. 176.
[2]) a. a. O. Bd. II S. 500.
[3]) a. a. O. S. 27, Anm.
[4]) a. a. O. S. 484.
[5]) a. a. O. Bd. XXXI S. 31.
[6]) a. a. O. S. 103.
[7]) Gruchot, a. a. O. Bd. 24 S. 107.
[8]) Goldschmidt, Z. a. a. O. Bd. 22 S. 279
[9]) Gruchot, a. a. O. Bd. 38 S. 1065.

ditionis causa nur auf den Willen bezieht. Eine Bestimmung über die Folgen einer Aufnahme ins Inventar findet sich überhaupt nicht, „weil sie mit Rücksicht auf die nach den Vorschriften der Z.P.O. (§ 286) geltende freie Beweiswürdigung entbehrlich schien“ (Goldmann[1]).) Vergl. auch Denkschrift.[2])

Bei dem Erwerb im Wege der Illation ist im voraus noch eine Besonderheit zu erwähnen: Im allgemeinen kann der Abschluss des Gesellschaftsvertrages formlos geschehen, nach dem alten H.G.B. auf Grund der positiven Vorschrift des Art. 85 Abs. 2, nach dem neuen Recht folgt dies aus den allgemeinen Grundsätzen über Formfreiheit, da eine Ausnahmebestimmung nicht besteht. Nur in dem einen Falle, dass ein Gesellschafter sich verpflichtet, ein Grundstück in das Gesellschaftsvermögen einzubringen, bedarf der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nach § 313 B.G.B. (siehe Denkschrift[3])).

§ 6.

Die Erörterungen in § 5 betreffen ebensowohl den Fall, dass die Illaten vor der Illation nur einem Gesellschafter gehörten, als auch den Fall, dass sie im Miteigentum aller Gesellschafter standen. Im übrigen wird aber in der Behandlung dieser zwei Fälle oft ein grosser Unterschied gemacht. Deshalb soll der zweite Fall, dass die Illaten vor der Illation im Miteigentum aller Gesellschafter standen, Gegenstand eines besonderen Kapitels (IV) werden.

Bringt ein Gesellschafter sein ihm allein gehörendes Grundstück in das Gesellschaftsvermögen ein, so ist klar,

---

[1]) a. a. O. S. 485.
[2]) a. a. O. S. 82.
[3]) a. a. O. S. 81.

dass hiermit eine Eigentumsveränderung bezüglich des Grundstücks vor sich geht. Vor der Illation war er allein berechtigt, nach der Illation sind es alle Gesellschafter. Es ist deshalb auch ganz allgemein anerkannt, dass die Illation eines im Eigentum eines Gesellschafters stehenden Grundstücks einer vertragsmässigen Veräusserung an die Gesellschaft gleichzusetzen ist und daher dieselbe Form des Eigentumsüberganges, nämlich Auflassung an die Gesellschaft und Eintragung der Firma ins Grundbuch, zu wahren ist. Vergl. J.W.:[1])

„Hier scheidet die dem Vermögen der Gesellschaft einverleibte Sache nicht nur aus dem Sondervermögen des einzelnen Gesellschafters aus, sondern durch Einwerfung in das einer Mehrheit von Personen unterstellte Gesellschaftsvermögen empfängt sie insofern einen neuen Herrn, als an die Stelle des bis dahin allein berechtigten inferierenden Gesellschafters der Kreis der gemeinsam berechtigten Sozien tritt."

Vergleiche ferner Cosack[2]), Lehmann-Ring[3]) und z. B. das Erkenntnis des Oberverwaltungsgerichtes vom 4. Mai 1900.[4])

[1]) a. a. O. 1895, 332, 29.
[2]) a. a. O. S. 506.
[3]) a. a. O. S. 236.
[4]) Freytag-Techow, a. a. O. Bd. 37 S. 97.

IV. Kapitel.

Die Illation eines im Miteigentum aller Gesellschafter stehenden Grundstücks.

§ 7.

Doch so einig man auch hierüber ist, so geteilt sind die Ansichten darüber, ob dies auch nötig ist, wenn das Grundstück im Miteigentum aller Gesellschafter steht.

Der Streit beruht im Grunde darauf, ob in der Illation von seiten der Miteigentümer eine freiwillige Veräusserung nach § 1 E.E.G. von 1872 bezw. eine vertragsmässige Übertragung des Eigentums nach § 873 B.G.B., also eine Eigentumsänderung, zu erblicken ist. Ist dem so, so ist folgerichtig Auflassung und Eintragnng erforderlich (vergl. Achilles-Strecker[1]) und die Ausführungen im Beschluss des Kammergerichtes vom 17. Januar 1898.[2])

Die Beantwortung dieser Frage hängt aufs engste mit der Auffassung vom Wesen der offenen Handelsgesellschaft zusammen.

Wir finden hier hauptsächlich drei Grundansichten vertreten: Die offene Handelsgesellschaft sei eine juristische Person, eine Art der römischen societas, ein deutschrechtliches Verhältnis zur gesamten Hand. Wir wollen jede dieser Ansichten nach ihrer Begründung und ihrem Einfluss auf die vorliegende Frage prüfen.

Wäre also zunächst die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person, so wäre zum Eigentumserwerb von Immobilien unbedingt Auflassung erforderlich. Für die An-

[1]) a. a. O. S. 40.

[2]) Johow, a. a. O. Bd. 17 S. 45.

nahme der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft sprechen allerdings gewichtige Gründe:

1. Die offene Handelsgesellschaft hat eine Firma, kann nach § 124 H.G.B. unter dieser Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.
2. Die offene Handelsgesellschaft hat ein eigenes Vermögen für sich, das abgesondert von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter dem Zugriffe der Privatgläubiger dieser nicht unterliegt; diese sind nur auf einen eventuellen Kündigungsanspruch beschränkt. § 135 H.G.B.
3. Der neu eintretende Gesellschafter haftet nach § 130 H.G.B. auch für die vor seinem Eintritt begründeten Gesellschaftsschulden.
4. Es sind Verpflichtungen zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern möglich. § 113 H.G.B.
5. Die Gesellschaft kann nach Ausscheiden eines Gesellschafters weiterbestehen. § 138 H.G.B.
6. Über das Gesellschaftsvermögen ist ein gesonderter Konkurs möglich. § 131 [3] H.G.B.
7. Der Anspruch auf Teilung ist ausgeschlossen; bei seinem Ausscheiden erhält der Gesellschafter nur den Vermögenswert seiner Illaten. §§ 719, 733 B.G.B.

All diese Bestimmungen schufen denn auch der Theorie von der juristischen Person der offenen Handelsgesellschaft eine Menge Anhänger. So stellte Anschütz[1]) das Prinzip auf:

[1]) a. a. O. S. 12.

„Die offene Handelsgesellschaft wird als eine Personeneinheit aufgefasst. Diese Einheit wird als Subjekt des Gesellschaftsvermögens aufgestellt. Hierin liegt die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft ausgesprochen."

Ebenso vertritt auch Eccius[1]) diese Ansicht, denn

„juristische Person sei alles, was Subjekt von Rechten mit entsprechenden Verbindlichkeiten sein kann".

Ferner Strey[2]), Kohler, Affolter.[3])

Auch Makower[4]) hat sich ihr — mit Einschränkungen — angeschlossen, indem er sagt:

„Die offene Handelsgesellschaft sei zwar keine juristische Person im Sinne des B.G.B., trotzdem müsse man ihr aber im privaten Rechtsverkehr grundsätzlich dieselbe Stellung einräumen wie einer juristischen Person."

Er führt dies auf den Gegensatz zur Gesellschaft des B.G.B. zurück, wo eine „sachenrechtliche Mitberechtigung am Inbegriff zu unbestimmten Anteilen" bestände, während bei der offenen Handelsgesellschaft nur ein „forderungsrechtlicher" Begriff existiere, der „gleichbedeutend sei mit dem Anspruch auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukomme".

Zu erwähnen ist hier auch noch der zuerst von Dahn[5]) aufgestellte Begriff der „relativen juristischen Person", der auch von Gareis[6]) vertreten wird. Er geht dahin, dass

[1]) a. a. O. S. 5.
[2]) a. a. O. S. 286.
[3]) Arch. f. b. R. V, 1 ff.
[4]) a. a. O. S. 179.
[5]) a. a. O. S. 76.
[6]) a. a. O. S. 122.

die offene Handelsgesellschaft, „soweit die Firma reiche, eine juristische Person“ sei (vergl. Nagler[1])).

Betrachtet man die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, so ist klar, dass auch, wenn Miteigentümer ein Grundstück einbringen, ein Eigentumswechsel vor sich geht; denn das Gesellschaftsvermögen hat dann mit dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter nichts mehr zu tun, die Gesellschaft steht in dieser Beziehung ihren Mitgliedern wie eine fremde dritte Person gegenüber. Mithin wäre Auflassung und Eintragung unbedingt erforderlich. So z. B. Makower[2]), Turnau[3].)

Im allgemeinen kann heute wohl die Ansicht, die offene Handelsgesellschaft sei eine juristische Person, als nicht mehr herrschend gelten. Denn erstens sind in der Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft Grundsätze vorhanden, die sich nicht mit dem Wesen der juristischen Person vereinen lassen. So besonders die primäre Solidarhaft der Gesellschafter. Es steht ganz im Gegensatz zur juristischen Person, wenn neben dem Gesellschaftsvermögen die Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter ipso iure sofort für Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen werden dürfen. Der allbekannte Ausspruch Ulpians in l. 7 § 1 D. II, 5: si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent ist immer als charakteristisches Merkmal der juristischen Person festgehalten. Wohl finden sich bei einzelnen Gebilden des modernen Gesellschaftsrechtes Bestimmungen, dass auch die Gesellschafter persönlich für einen eventuellen Ausfall haften, so z. B. bei den Erwerbs- und Wirtschafts-

[1]) a. a. O. S. 702.
[2]) a. a. O. S. 227.
[3]) a. a. O. S. 200.

genossenschaften, doch ist 1. dann diese Haftung der Gesellschafter nur subsidiär, 2. muss wohl dies Gebilde ausdrücklich dann vom Gesetzgeber als juristische Person gekennzeichnet sein. So sagt z. B. das Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889 in § 17:

„Die eingetragene Genossenschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten."

Ferner ist die juristische Person ipso iure ganz unabhängig von einem eventuellen Ausscheiden eines Mitgliedes; es ist gerade ein charakteristisches Merkmal der juristischen Person, dass ein veränderlicher unbestimmter Personenkreis in der Form der juristischen Person seine Zusammenfassung findet. Die offene Handelsgesellschaft ist dagegen wie die römische societas von vornherein nur auf bestimmte Mitglieder berechnet, als ein ihr nicht von Natur eigentümliches, daher nur kraft besonderen Vertrages ihr oktroyiertes Moment kann allerdings ein Fortbestehen der Gesellschaft vereinbart werden für den Fall, dass ein Gesellschafter stirbt oder sonstwie ausscheidet, wie auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ein eventuelles Fortbestehen nach Fortfall eines Mitgliedes besonders im Gesellschaftsvertrage vorgesehen sein muss (§ 727 B.G.B.).

Endlich muss jede juristische Person, d. h. jede Personenvereinigung mit Rechtspersönlichkeit eine Organisation haben. Diese Notwendigkeit hat sich gegenüber der eventuellen grossen Mitgliederzahl zunächst als tatsächliche, dann als rechtliche Notwendigkeit herausgebildet. So muss jeder rechtsfähige Verein in seinen Satzungen Bestimmungen über die Bildung seines Willensorganes — gewöhnlich die Mitgliederversammlung — und über die mit Vollziehung dieses Willens beauftragten Personen — den Vorstand — enthalten. Bei der offenen Handelsgesell-

schaft liegt weder ein rechtlicher noch überhaupt tatsächlicher Zwang zu solcher Organisation vor. Nach §§ 114, 125 H.G.B. ist jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung, Begriffe, die dem Willens- und Handlungsmoment etwa entsprechen, allein für sich befugt. Nach dem Prinzipe des Widerspruches (§ 115 H.G.B.) ist sogar dem auf einen aktiven Anteil an einem der beiden Rechte verzichtenden Gesellschafter das Recht gewahrt, seinem Widerspruch doch Geltung zu verschaffen. Es fehlt also ein über dem einzelnen stehendes Willens- und Handlungsorgan. (Vergl. die Ausführungen bei Rudolph a. a. O. S. 8—10.)

In zweiter mehr äusserer Hinsicht ist der Streit heute zuungunsten der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft entschieden, weil das neue Handelsgesetzbuch sie den Grundsätzen der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes unterordnet — § 105 H.G.B. — und im bürgerlichen Gesetzbuch eine scharfe Trennung zwischen der juristischen Person und der Gesellschaft durchgeführt ist. Kann also die offene Handelsgesellschaft als juristische Person nicht angesehen werden, so kann auch von diesem Ausgangspunkte die Auflassung bei der Beurteilung vorliegender Frage nicht gefordert werden.

§ 8.

Dem alten Gegensatze von corpus und societas folgend, haben nun einige Romanisten versucht, die offene Handelsgesellschaft unter den Begriff der römischen societas zu bringen. Der Hauptvertreter dieser Richtung ist Laband.[1]) Er geht vom Anteile des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen aus und beweist, dass diese Anteile

[1]) a. a. O. Bd. XXXI S. 1 ff.

sich nicht wesentlich von den partes pro indiviso des römischen condominiums unterscheiden:

1. Dass der Gesellschafter nicht wie der römische Miteigentümer über seinen Anteil verfügen könne, sei nur eine Folge davon, dass unter den Gesellschaftern ausser dem Miteigentum noch eine andere Rechtsbeziehung bestünde, wodurch das Dispositionsrecht des einzelnen über seinen Anteil beschränkt, bei andern auch zugunsten der Anteile der übrigen erweitert sei.
2. Bestimmte Quoten am Gesellschaftsvermögen der einzelnen Gesellschafter seien auch bei der offenen Handelsgesellschaft vorhanden, nur dass diese nicht wie beim römischen condominium fest bestimmt, sondern wandelbar seien. „Der Vermögensanteil erscheint stets in der Form des Saldos eines Kontokorrents zwischen der Firma und dem Gesellschafter“[1]), also „Einlagen plus Gewinn, vermindert um Schulden plus Verlust“.[2])

Ist nun die offene Handelsgesellschaft ganz nach dem römischen Miteigentumsprinzipe konstruiert, so ist klar, dass sich bei Einbringung eines im Miteigentum aller Gesellschafter stehenden Grundstücks in keiner Weise ein Eigentumswechsel oder eine Eigentumsveränderung vollzieht. Nicht nur die Personen bleiben ganz dieselben, sondern auch ihr Verhältnis zur Sache, nur dass die Kontrahenten eben noch eine besondere Abredung über ihre Dispositionsbefugnis betreffs des gemeinsamen Vermögens schliessen. Also ist die Auflassung an die Gesellschaft nicht nötig. Dieser Konsequenz entzieht sich auch Laband nicht,

[1]) a. a. O. S. 44.
[2]) a. a. O. S. 42.

indem er erklärt[1]): eine Auflassung an die Firma sei materiell nicht nötig, weil eben kein Eigentumswechsel vorliege, könne aber mit der actio pro socio gefordert werden, um äusserlich zu markieren, dass die Eigentumsquote jetzt formell nicht mehr zum Privatvermögen des Gesellschafters gehört.

Adler[2]) hält die offene Handelsgesellschaft nicht wie Laband für eine reine societas, sondern bekennt sich zu der „von einer Reihe der besten Autoritäten, namentlich von Goldschmidt und Thöl, vertretenen Theorie der modifizierten Sozietät". Die Modifikation liege in der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens und in der bevorzugten Stellung der Gesellschaftsgläubiger.

Thöl[3]) redet von Miteigentum mit entschieden vorhandenen — allerdings unpraktischen — ideellen Anteilen; er nähert sich insofern der Theorie der Berechtigung zur gesamten Hand (vergl. Nagler[4]). Und obwohl Thöl durch seine Forderung[5]): „das römische Recht über die societas müsse insoweit zur Anwendung gebracht werden, als das H.G.B. keine Bestimmungen gibt", sich ganz offensichtlich auf den Standpunkt der Auffassung, die offene Handelsgesellschaft sei eine Miteigentumsgemeinschaft, stellt, zitiert ihn z. B. Behrend[6]) neben Gierke wegen der oben ausgeführten Annäherung an die Gesamthandstheorie für seine Ansicht, die offene Handelsgesellschaft baue sich auf dem Prinzipe der gesamten Hand auf.

[1]) a. a. O. S. 40.
[2]) a. a. O. S. 72.
[3]) a. a. O. § 69 S. 329.
[4]) a. a. O. S. 713.
[5]) a. a. O. S. 305.
[6]) a. a. O. S. 446, Anm. 5.

Eine ähnliche Ansicht vertritt auch Hahn.[1])

Doch die Auffassung der offenen Handelsgesellschaft als eine römisch-rechtliche Sozietät befriedigt wenig, denn

1. kann beim Miteigentum jeder socius über seinen Anteil frei verfügen, ihn verkaufen, verpfänden oder belasten (s. l. 2 C. de comm. rer. alien. 4, 52; l. 6 § 9 D. comm. div. 10, 3), was bei der offenen Handelsgesellschaft nach § 105 H.G.B. resp. § 719 B.G.B. ausgeschlossen ist. Die Fiktion Labands, dass dies eine Folge eines neben dem Sozietätsvertrage abgeschlossenen Nebenvertrages sei, lässt sich schwer halten, weil die Gesellschafter bei Abschluss des Sozietätsvertrages sicher gar nicht daran denken, ein besonderes Abkommen über die Verfügungsbefugnis bezüglich der einzelnen Anteile zu schliessen;
2. müsste das Eigentum, falls man annehmen will, dass es während des Bestehens der Sozietät beschränkt ist, doch im Falle des Austretens aus derselben wieder aufleben; doch nach § 733 B.G.B. ist jeder Gesellschafter — auch im Falle der Auflösung der Gesellschaft — nur auf den Anspruch auf den Wertersatz seiner Einlagen beschränkt;
3. war ein Fortbestehen der societas im Falle des Todes eines Gesellschafters mit seinen Erben nicht möglich (s. l. 35, l. 52 § 9 D. pro socio 17, 2), anders bei der offenen Handelsgesellschaft. § 139 H.G.B.
4. Vor allem verlangt das römische condominium pro indiviso bestimmte oder wenigstens jederzeit bestimmbare Quoten am Gesellschaftsvermögen. Die Labandsche Berechnung dieser Anteile auf Grund der Kapitaleinlagen ist offenbar unrichtig, weil dann der socius,

[1]) a. a. O. S. 455 ff.

der nichts eingebracht hat, ebenso der, der einen Passivsaldo aufzuweisen hat, keinen Anteil am Gesellschaftsvermögen haben könnte. Der Aktivsaldo des Gesellschafters ist in Wahrheit ein blosser Rechnungsfaktor, „eine fiktive Ziffer, aus der zu ersehen ist, wieviel der Gesellschafter von der Gesellschaft zu beanspruchen haben würde, wenn die Auseinandersetzung im Augenblicke der Saldoberechnung erfolgte“ (Staub[1])). Wäre nun also die offene Handelsgesellschaft eine Miteigentumsgemeinschaft, so würde eine Auflassung unnötig sein, da eine Veränderung weder bezüglich der Personen noch bezüglich ihres Verhältnisses zum fraglichen Grundstück hier vorliegt. Doch erweist sich diese Voraussetzung als hinfällig, so kann von diesem Ausgangspunkte aus die Notwendigkeit einer Auflassung nicht abgestritten werden.

§ 9.

Eine völlig eigenartige Ansicht entwickelt Lastig in Endemanns Handbuch:[2])

„Nur ein durch Angabe des Zwecks überdies beschränktes Dispositionsrecht über seine Einlage räumt der Inferent seinen Mitgesellschaftern ein, nicht aber bestellt er den einzelnen Gesellschaftern ein eigenes Recht unmittelbar an den Illaten, nenne man es nun Miteigentum oder wie sonst.“

Lastig fasst die offene Handelsgesellschaft weder als juristische Person noch als societas auf, sondern als eine „blosse Wirtschafts- und Dispositionsgemeinschaft“.[3]) Die

[1]) a. a. O. S. 178.
[2]) a. a. O. S. 336.
[3]) a. a. O. S. 341.

Zuwendungen an die Gesellschaftskasse tragen nach ihm keinen juristischen, sondern nur einen „wirtschaftlichen Charakter“.[1]) Ob sich mehrere Kaufleute zum gemeinsamen Handelserwerb zu einer offenen Handelsgesellschaft zusammenschliessen oder ob jeder allein für sich das Handelsgeschäft betreibt, ist nach Lastigs Ansicht rechtlich ganz einerlei. Ein rein tatsächlicher, die rechtliche Natur dieser Gesellschaft gar nicht betreffender Vorgang sei es, wenn ein sogenanntes Gesellschaftsvermögen begründet werde, d. h. in Wirklichkeit der Gesellschafter zur Erleichterung des gemeinsamen Handelsbetriebes über einzelne Vermögensstücke seinen Mitgesellschaftern eine gewisse Dispositionsbefugnis einräume. In keiner Hinsicht handele es sich also bei der sogenannten Illation um eine Abtretung oder Veränderung des Eigentums an der Sache. Im Falle der Illation einer Immobilie wäre eine Auflassung an die Mitgesellschafter oder an die Gesellschaft nach Lastig einfach unmöglich. Doch räumt er ein, dass die Immobilie auf den Namen der Gesellschaft umgeschrieben werden könne, um nach aussen hin dritten gegenüber zu signifizieren, dass der Eigentümer seinen Sozien ein gewisses Dispositionsrecht darüber eingeräumt habe; während er aber „de iure materiali immer noch Eigentümer des Hauses bleibt“ (S. 338). Die Eintragung ist eben eine blosse Formalität ohne jede selbständige Rechtswirkung.

Nach dieser von Lastig vertretenen Ansicht ist natürlich auch in dem Falle, dass Miteigentümer eines Grundstücks desselben inferieren, eine Auflassung vollständig ausgeschlossen.

[1]) a. a. O. S. 336.

§ 10.

Da sich, wie gezeigt, die offene Handelsgesellschaft sowie andere Gebilde dieser Art nicht in die nach römisch gemeinem Rechte einzig möglichen Typen des corpus und der societas einreihen lassen, so kamen die Germanisten, zuerst Beseler in seiner Schrift „Volksrecht und Juristenrecht“ zu der Annahme eines von beiden Typen abweichenden „deutsch-rechtlichen Genossenschaftsbegriffes“. Von Gierke wurde dieser Begriff in seinem Genossenschaftsrecht weiter entwickelt und führte zur Wiedererweckung des germanischen Prinzips „der gesamten Hand“. „Die offene Handelsgesellschaft ist — sagt Gierke, a. a. O.H.R. S. 931 — eine Gesellschaft, bei der das Prinzip der gesamten Hand in stärkerem Masse durchgeführt ist als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und im Zusammenhange hiermit ist ihr Gesellschaftsvermögen ein strenger geschlossenes Sondervermögen.“

Der prinzipielle Unterschied von der juristischen Person besteht darin, dass den Gesellschaftern in der Gesellschaft hier kein fremdes, drittes Rechtssubjekt gegenübersteht mit eigenen Rechten und Verpflichtungen, von der Miteigentumsgemeinschaft, dass es ein von dem Vermögen der einzelnen Gesellschaftern geschiedenes Gesellschaftsvermögen gibt, an dem aber jeder Gesellschafter unmittelbar berechtigt ist.

Die meisten heutigen Handelsrechtler finden dies Prinzip der gesamten Hand in der offenen Handelsgesellschaft verkörpert; so Staub, Frankenburger, Behrend, Puchelt, Gierke, Lehmann-Ring, Cosack u. a. Die innere Konstruktion macht allerdings Schwierigkeiten, da dieser echt germanische Begriff sich nicht in die Formen und Regeln romanistischer Doktrin, die doch auch heute noch unser Rechtsleben vorwiegend beherrschen, einzwängen lässt.

Auch das B.G.B. gibt uns keine Auskunft, da in der Kommission für die zweite Lesung des B.G.B. Zwiespalt über die innere Gestaltung der Gesamthand herrschte und man daher eine juristische doktrinelle Entscheidung dieser Frage ablehnte.[1])

Übereinstimmung herrscht nun darüber, dass das Gesellschaftsvermögen als eine geschlossene Einheit den Gesellschaftern gegenübersteht, und dass die Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters nie allein, sondern stets nur in Verbindung mit allen übrigen Gesellschaftern zur Geltung kommt; alle erkennen an, dass in den Vorschriften des B.G.B. und H.G.B. die richtigen Konsequenzen des Gesamthandprinzips gezogen sind, doch wie sich theoretisch die Beteiligung des einzelnen am Gesellschaftsvermögen darstellt, darüber herrscht Streit. Es gibt da besonders zwei Theorien, die ich mit Nagler,[2]) die der „geteilten und ungeteilten Mitberechtigung", nennen möchte.

Die Anhänger der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung, die sehr viel Anhänger zählt, so Staub[3]), Frankenburger[4]), Behrend[5]), Puchelt[6]), Oberneck[7]), Fuchs[8]), Gierke[9]) u. a. meinen, dass bei dem Verhältnis zur gesamten Hand weder nach innen noch nach aussen irgend

---

[1]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs zum B.G.B. Bd. II, Protokoll 137, Ausgabe Guttentag S. 429—439. (430 Abs. 2 ff.)

[2]) a. a. O. S. 75.

[3]) a. a. O. S. 385.

[4]) a. a. O. S. 153.

[5]) a. a. O. S. 445.

[6]) a. a. O. S. 209.

[7]) a. a. O. S. 8.

[8]) a. a. O. S. 210.

[9]) a. a. O. H.R. S. 936.

eine Quotenberechtigung, irgendwie ein Anteil des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen hervortritt, weder an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen noch an dem ganzen Inbegriffe desselben. Der einzelne Gesellschafter habe nur ein Forderungsrecht gegen die Gesellschaft, sei es auf Entnahme von Zinsen oder Gewinn, sei es auf Zahlung dessen, was nach Auflösung der Gesellschaft bei der Auseinandersetzung ihm zukommt. Nur den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit stehen Rechte am Gesellschaftsvermögen zu.

Deshalb handele es sich bei jeder Illation um Übertragung aller Rechte an die Gesamtheit der Gesellschafter, und zwar ist es eine Veräusserung der ganzen Sache, wogegen der Inferent allerdings das Recht eintauscht, als Gesamthänder mit darüber verfügen zu können. Inferieren daher Miteigentümer eines Grundstücks dasselbe, so überträgt jeder seinen Anteil ganz der Gesamtheit der Gesellschafter, er besitzt an und für sich ohne Rücksicht auf sein Gesellschaftsverhältnis gar keinen Anspruch mehr auf seinen Teil — so ist er z. B. bei der Auseinandersetzung auf eine blosse Wertanrechnung seiner Illaten beschränkt — nur als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft, als Glied dieser Einheit erlangt er eine Mitherrschaft über das Grundstück und zwar in seiner Totalität. Deshalb ist in der Illation ein Eigentumswechsel zu sehen, „eine Veräusserung sui generis, kein Kauf“ (Staub[1]), wenn auch die Personen dieselben bleiben. Auflassung und Eintragung ist also eine unbedingte Voraussetzung zur Vollendung des Eigentumserwerbs seitens der Gesellschaft. So Staub[2]),

[1]) a. a. O. S. 385.

[2]) a. a. O. S. 385.

Oberneck[1]), Frankenburger[2]), Behrend[3]), Fuchs[4]), Gierke[5]). Das Reichsgericht allerdings folgert anders.

Zum Teil anders gestaltet sich die Beantwortung der vorliegenden Frage bei der entgegengesetzten Theorie der geteilten Mitberechtigung, die besonders von Lehmann-Ring[6]), Cosack[7]) und Nagler[8]) vertreten wird. Sie geht davon aus, dass nach der Auffassung des B.G.B. jedes Rechtsverhältnis einen Rechtsträger erfordert, dies könne nur die personifizierte Einheit der Gesellschafter oder die einzelnen Gesellschafter als solche sein. Die Personifikation, d. h. die juristische Person widerspricht den übrigen Grundsätzen der offenen Handelsgesellschaft, wie oben gezeigt, überhaupt der Gesamthandsidee. Also müssten die einzelnen Gesellschafter Subjekt der Rechte sein. Es entsteht demnach eine Beziehung jedes einzelnen Gesellschafters zum Gesellschaftsvermögen. Sie versuchen also im Gegensatz zu der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung das Prinzip der gesamten Hand nach innen als ein quotales Miteigentum der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen auszubauen. Auf den ersten Blick scheint dies einfach ein anderer Name für die besonders von Laband vertretene Miteigentumstheorie zu sein; dies ist ein Irrtum. Beide Theorien gehen von einem ganz andern Standpunkt aus: Laband von dem reinen römisch-rechtlichen Miteigentum, wie es die societas beherrscht, Lehmann-

---

[1]) a. a. O. S. 8.
[2]) a. a. O. S. 153.
[3]) a. a. O. S. 484.
[4]) a. a. O. S. 211.
[5]) a. a. O. H.R. S. 936.
[6]) a. a. O. S. 219.
[7]) a. a. O. S. 493.
[8]) a. a. O. S. 723.

Ring etc. von dem deutsch-rechtlichen Eigentum zur gesamten Hand, das sich nur nach innen, d. h. in bezug auf das Verhältnis der Gesellschafter zu einander, als eine quotale Mitberechtigung der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zeigt und daher praktisch nicht den geringsten Einfluss hat. Eine kurze Gegenüberstellung der Gegensätze wird den Unterschied beider Theorien am besten kennzeichnen:

1. Laband kann sich die dem einzelnen Gesellschafter auferlegten Dispositionsbeschränkungen bezüglich seines Anteils am Gesellschaftsvermögen nur aus einer neben dem Sozietätskontrakte herlaufenden diesbezüglichen Verabredung erklären. Bei der Theorie der geteilten Mitberechtigung ist dies eine einfache Folge des Gesamthandsprinzip, da hier eben bei einer Verfügung über das Vermögen alle Hände zusammenwirken müssen — es sich hier eben um ein „deutsch-rechtlich, im Sinne des Einhandsprinzipes, des Quotenbewusstseins nach innen ausgestaltetes Miteigentum“ (Nagler[1])) handelt.
2. Laband verneint alle unmittelbaren Folgen der societas nach aussen, so auf die Gläubiger, insofern als diese sich um die gesellschaftliche Bindung in keiner Weise zu kümmern brauchen. Nach Lehmann-Ring etc. sind diese Folgen eine natürliche Wirkung des Einhandsprinzipes und der daraus sich ergebenden Verfügungsbeschränkung.

Was beide Ansichten einander näher bringt, ist die Zugrundelegung einer quotalen Mitberechtigung an „allen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen“ (Lehmann-Ring[2]))

[1]) a. a. O. S. 724.
[2]) a. a. O. S. 219.

und an „allen Einzelrechten“ (Cosack[1]). Doch auch hier zeigt sich ein wichtiger Unterschied: Labands Berechnung der Kapitalanteile nach den Einlagen ist, wie oben gezeigt, undurchführbar, während Lehmann-Ring und Cosack die Quoten nach Gewinnanteilen berechnen, Nagler sie immer als gleich betrachtet.

Je nachdem nun mehr Wert auf das äussere Verhältnis der Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens oder auf das innere des Miteigentums gelegt wird, fällt die Entscheidung der vorliegenden Frage über die Notwendigkeit einer Auflassung bei Illation eines im Miteigentum aller Gesellschafter stehenden Grundstücks verschieden aus. Lehmann-Ring[2]) und Cosack[3]) erachten sie für erforderlich, weil eben ein Eigentumswechsel stattfindet und sie dem quotalen Miteigentum nach innen keine grosse Bedeutung beimessen, dagegen meint Nagler[4]), dass, wenn die Miteigentumsquoten gleiche waren, ein dingliches Abkommen genügt, „um das römisch-rechtliche Quotenrecht in eine deutsch-rechtliche Anteilsberechtigung umzuwandeln“. Es bedürfe also lediglich der formellen Umschreibung auf die Firma, eine Auflassung sei absolut nicht erforderlich. Anders freilich, wenn die gemeinschaftliche Sache den Gesellschaftern zu ungleichen Bruchteilen gehörte.

§ 11.

Dieser Verschiedenheit der theoretischen Behandlung der Frage nach den notwendigen Formen des Eigentumsüberganges bei Illation eines im Miteigentum aller Gesellschafter stehenden Grundstücks entspricht eine grosse Un-

[1]) a. a. O. S. 493.
[2]) a. a. O. S. 236.
[3]) a. a. O. S. 506.
[4]) a. a. O. S. 744.

einigkeit in der Praxis: Vom Gesetzgeber ist sie nur in einem Falle entschieden worden, und zwar im Einführungsgesetz zum H.G.B. für Bremen vom 6. Juni 1864 in § 14:

„Wenn eine Immobilie Eigentum sämtlicher Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft ist und in das Eigentum der Gesellschaft übergehen soll, so bedarf es dazu keiner Lassung . . . . die Eintragung aber ist zu bewirken."

Eingehend ist dagegen diese Frage in der Judikatur behandelt. Die Annahme der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft wurde schon vom Reichsoberhandelsgericht in den Urteilen vom

17. Februar 1871[1]),
28. Januar 1873[2]),
4. Februar 1874[3])

verworfen. Das Gesellschaftsvermögen als eine „abgesonderte einheitliche Vermögensmasse" bezeichnet, doch ein Eigentum zur gesamten Hand noch nicht anerkannt.

Andrerseits wurde z. B. vom Oberappellationsgericht zu Dresden im Urteil vom

20. April 1871[4])

gerade wieder die juristische Persönlichkeit betont und deshalb im gegebenen Falle Auflassung und Eintragung erfordert. Ebenso wurde die Auflassung vom Appellationsgericht zu Naumburg im Urteil vom

29. Oktober 1875[5])

gefordert, „weil das Vermögen der offenen Handelsgesell-

[1]) R.O.H.G. Bd. 2 S. 39.
[2]) R.O.H.G. Bd. 9 S. 17.
[3]) R.O.H.G. Bd. 12 S. 261.
[4]) Goldschmidt, Z. Bd. 22 S. 281.
[5]) Goldschmidt, Z. Bd. 22 S. 280.

schaft — obwohl sie nicht als juristische Person angesehen werden kann — doch rechtlich einen abgeschlossenen Vermögenskomplex bildet."

Das Reichsgericht hat seine Ansicht gewechselt. Im Urteil vom

24. April 1886[1])

ist die offene Handelsgesellschaft noch als relative juristische Person charakterisiert, doch seit den 90er Jahren hat es stets betont, dass die Gesellschaftsrechte dem einzelnen Gesellschafter kein Miteigentum an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden einzelnen Sachen geben nach Quoten, noch in der Form eines nach Quoten geteilten Anteilsrechtes am ganzen Inbegriff des Gesellschaftsvermögens, sondern, dass dem einzelnen Gesellschafter, solange die Gesellschaft bestünde, immer nur die aus dem Gesellschaftsvertrag sich ergebenden Ansprüche an die Gesellschaft zustünden. So im Urteil vom

15. Februar 1892[2]),
23. Oktober 1892[3]),
14. Oktober 1898[4]).

Andrerseits hält das Reichsgericht an der Auffassung fest, dass in der Illation keine Veräusserung von Miteigentum liege, die Inferenten „als Miteigentümer nur eine Verabredung treffen dahin, dass sie ihrem nach wie vor gemeinsamen Rechte eine andere Gestaltung geben wollen", so im Urteil vom

23. Oktober 1893,
14. Oktober 1898.

Diese Auffassung ist im Grunde eine strikte Folgeziehung

[1]) R.G. Bd. 16 S. 2.
[2]) Entsch. R.G. Bd. 30 S. 152.
[3]) Gruchot, a. a. O. Bd. 38 S. 1064.
[4]) Gruchot, a. a. O. Bd. 43 S. 198.

des z. B. von Nagler vertretenen Prinzips der geteilten Mitberechtigung unter Betonung des Begriffs Miteigentum und nicht eine solche der vom Reichsgericht vertretenen Theorie der ungeteilten Mitberechtigung. Das Reichsgericht macht sich hier m. E. einer Inkonsequenz schuldig.

In Übereinstimmung mit dem Reichsgericht entschied anfangs auch das Kammergericht, so in den Entscheidungen vom

11. Oktober 1886[1]) und
13. April 1888[2]),

bekehrte sich aber im Urteile vom

17. Januar 1898[3])

zu der entgegengesetzten, wie gesagt, m. E. richtigeren Ansicht, dass Auflassung und Eintragung nötig sei nach der in Überstimmung mit dem Reichsgericht gegebenen Definition des Vermögens der offenen Handelsgesellschaft, besonders auch in dem Falle, dass Miteigentümer eines Grundstücks dasselbe inferieren. Ebenso ist im Erkenntnis des Kammergerichtes vom 21. Dezember 1903 entschieden (Entsch. in Angel. d. freiw. Gerichtsb. IV, 127), das für den Fall, dass Grundstücke einer offenen Handelsgesellschaft nach Auflösung der Gesellschaft ins Eigentum der einzelnen Gesellschafter in Form von Miteigentum übergehen sollen, Auflassung an die einzelnen Sozien fordert. Eine blosse Grundbuchberichtigung sei nicht angängig, da es sich um ganz verschieden geartete Gemeinschaftsverhältnisse handele.

[1]) Johow, a. a. O. Bd. VI S. 67.
[2]) Johow, a. a. O. Bd. VIII S. 130.
[3]) Johow, a. a. O. Bd. XVII S. 45.

Ebenso entscheidet auch das Oberverwaltungsgericht im Beschluss vom

4. Mai 1900[1]).

§ 12.

Die Reihe der Ausführungen ist geschlossen; Theorie und Praxis schwanken in der Auffassung der offenen Handelsgesellschaft hin und her. Doch es kann die Ansicht, sie sei eine juristische Person oder römisch-rechtliche societas als verlassen gelten und die Gesamthandtheorie behauptet siegreich das Feld. Hier stehen sich gleichwertig die beiden Theorien der geteilten und ungeteilten Mitberechtigung gegenüber.

Zur Erklärung der Ansicht des Verfassers sei noch einmal kurz auf ihre Unterschiede hingewiesen. Auszugehen ist von dem Prinzip der gesamten Hand. Dieses ermöglicht die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens und erfordert, dass jede Veräusserung etc. von der subjektiven Einheit der Gesellschafter ausgehe. Allen Gesellschaftern sind gleichsam die Hände verbunden, so dass, wenn einer von ihnen eine Verfügung über das Gesellschaftsvermögen treffen will, er die Hände aller Gesellschafter in Bewegung setzen muss. Nun ist es ja das Einfachste, dem einzelnen Gesellschafter überhaupt jeden Anteil an dem Gesellschaftsvermögen abzustreiten und die Gesellschafter „in dieser Verbundenheit zur der Rolle der subjektiven Einheit für befähigt“ (Gierke[2])) zu halten, „die jeweiligen Gesellschafter in ihrer Personeneinheit als Subjekt des Gesellschaftsvermögens“ anzusehen (Gierke,

---

[1]) Freytag-Techow, a. a. O. Bd. 37 S. 97.

[2]) a. a. O. S. 436.

a. a. O. H.R. S. 933). Dies ist denn auch das Prinzip der Theorie der quotenlosen Mitberechtigung. Doch diese Einheit würde dann als Subjekt des Gesellschaftsvermögens doch in gewisser Weise Rechtspersönlichkeit haben, die offene Handelsgesellschaft wäre im Grunde damit doch zur juristischen Person gestempelt. Dies, wie oben gezeigt, im Widerspruch mit ihrem innersten Wesen. Um dies zu vermeiden, muss man eine dingliche Mitberechtigung der einzelnen Gesellschafter an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen und Rechten annehmen.

Das Prinzip der gesamten Hand zeigt sich also m. E. als ein streng vom Prinzip der Einheit beherrschtes, daher in jeder Weise gebundenes Miteigentum der einzelnen Gesellschafter und zwar nach Gewinnanteilen. Doch ist es kein unbedingtes Miteigentum; denn sonst müsste der Geschafter bei seinem Ausscheiden doch einen Anspruch auf seinen Teil haben, sondern ein von der Zugehörigkeit zur Gesellschaft abhängiges. Scheidet der Gesellschafter aus oder löst sich sonst die Gesellschaft auf, so geht die quotale Miteigentumsberechtigung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen unter und an seine Stelle tritt der Anspruch auf den Wert der Illaten und der Auseinandersetzungsanspruch. Tritt ein neuer Gesellschafter ein, so bekommt er ipso iure seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen, der Bruchteil der übrigen vermindert sich also, eben weil mit der Zugehörigkeit zur Gesellschaft eine Miteigentumsquote am Gesellschaftsvermögen verknüpft ist. So lässt sich auch leicht die Bestimmung erklären, dass niemand, der keinen Anteil am Gewinn hat, Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein kann. Denn hat er keinen Gewinnanteil, so ist sein Anteil am Gesellschaftsvermögen gleich null, und hat er keinen Teil hieran, so kann er logischerweise nicht Mitglied der Gesellschaft sein.

Die faktische Wirkung dieser quotalen dinglichen Mitberechtigung gleicht also um ein Haar dem vom Reichsgericht anerkannten Forderungsrechte der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen, sie dient im Grunde genommen nur als eine Hilfskonstruktion für unser juristisches Denken. Ich kann für diese Meinung einen Ausspruch des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 9 S. 144) anführen, der — ohne den Begriff der Gesamthand anzuführen — doch im wesentlichen den Nagel auf den Kopf trifft:

„Wenn man auch notgedrungen, weil ein anderes Subjekt nicht vorhanden ist, die einzelnen Gesellschafter als Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens ansehen muss, so ist dies doch ein unfruchtbarer Begriff, aus welchem keinerlei Rechtsfolgen deduziert werden können."

Und weil m. E. den Miteigentumsquoten so wenig Wert beigelegt werden darf, die gesamte Hand als solche vielmehr nur nach innen in dieser Gestalt auftritt, so bin ich mit Lehmann-Ring und Cosack durchaus für die Notwendigkeit einer Auflassung an die Gesellschaft. Denn in keiner Weise behalten die früheren Miteigentümer ihre frühere Eigentumsquote an der inferierten Immobilie, sondern jeder überträgt seinen Miteigentumsanteil an die Gesellschaft und erhält dafür eine bedingte wechselnde — d. h. von dem Bestand der jedesmaligen Sozien abhängige — streng an das Prinzip der Einheit gebundene und daher rechtlich wie tatsächlich in keiner Weise hervortretende Miteigentumsquote an derselben als Stück des Gesellschaftsvermögens zurück.

Kapitel V.

Die Stempelpflichtigkeit der Illationen.

§ 13.

Bei jedem Eigentumserwerb ist im praktischen Leben eine wichtige Frage, wie es mit der Notwendigkeit der Bezahlung von Stempelgebühren sich verhalte.

Erwirbt eine bestehende offene Handelsgesellschaft eine Immobilie von einem Dritten, so ist klar, dass dann das Rechtsgeschäft der Auflassung unter No. 8 des preuss. Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 fällt, vorausgesetzt natürlich, dass eine freiwillige Veräusserung vorliegt. Der Stempel beträgt dann 1 % des Wertes des veräusserten Gegenstandes.

Schwieriger ist die Entscheidung, wenn eine Illation vorliegt. Gehörte das Grundstück vor derselben nur einem Sozius, so muss der Stempel in Höhe des Teils des Wertes des Grundstücks bezahlt werden, der über seinen Anteil am Gewinn der offenen Handelsgesellschaft hinausgeht. Ist er also zu $^1/_2$ am Gewinn beteiligt, so muss er den halben Stempel zahlen. Zur Begründung diene folgendes: Wäre die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person, so läge eine vollkommene vertragsmässige Veräusserung vor und der ganze Stempel wäre zu entrichten. Doch es liegt der Gesellschaft das Gesamthandprinzip zugrunde. Deshalb kann, wenn man auch eine Eigentumsveränderung in der Illation sehen und deshalb Auflassung und Eintragung fordern muss, von einer vollkommenen Veräusserung keine Rede sein. Den Vorgang ganz stempelfrei zu lassen, geht auch nicht an,

weil doch darin, dass jetzt an Stelle des allein Berechtigten mehrere Mitberechtigte treten, eine teilweise Veräusserung gesehen werden muss. Da ist denn m. E. das Richtigste, die Gewinnquote des Inferenten zugrunde zu legen und danach den Stempel zu berechnen.

Anders gestaltet sich die Frage, wenn Miteigentümer ein Grundstück inferieren. In der Theorie wird, soweit eben die Verkörperung des Prinzips der gesamten Hand in der offenen Handelsgesellschaft anerkannt wird, meist für Stempelfreiheit plädiert, so Frankenburger[1]), Makower[2]) u. a. Die Praxis hat sehr geschwankt, so z. B. ist der Stempel vom bayerischen obersten Landesgericht (Entsch. in Zivilsachen, neue Folge, I, 523) gefordert worden. Dagegen ist im Urteil des Reichsgerichts vom 15. Februar 1892[3]) die Forderung abgelehnt worden. Dieser Ansicht muss beigetreten werden. Die Stempelpflichtigkeit regelt sich heute nach dem Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895 in Preussen; nach No. 8 und No. 32 muss der Stempel bei Käufen und vertragsmässigen freiwilligen Veräusserungen erhoben werden. Der hier vorliegende Illationsvertrag ist weder ein Kauf, noch kann er „unter den Begriff eines Veräusserungsvertrages gebracht werden“.[4]), denn obwohl das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft eine gewisse Selbständigkeit besitzt, die sogar soweit geht, dass in der Illation eine Eigentumsveränderung zu sehen ist, infolgedessen Auflassung und Eintragung gefordert werden muss, bleiben doch die Gesellschafter immerhin Eigentümer des Gesellschaftsvermögens. Das Vermögen der offenen Handels-

[1]) a. a. O. S. 153.

[2]) a. a. O. 12. Aufl. 1901 S. 227.

[3]) Bolze, a. a. O. Bd. 14 No. 565.

[4]) Entsch. d. R.G. Bd. 30 S. 151.

gesellschaft kann demgemäss eben nur als „ein besonders geartetes Vermögen der einzelnen Gesellschafter“[1]) angesehen werden und ein Stempel ist bei Illation eines in Miteigentum aller Gesellschafter stehenden Grundstücks nicht zu erheben.

Eine andere schwierige, jedoch in den Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht mehr hineingehörende Frage ist die, ob Auseinandersetzungsverträge unter den Gesellschaftern einem höhern Stempel unterliegen, wenn es sich auch um Immobilien handelt, eine Frage, die sich nach No. 25 d des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 erledigt und Anlass zu vielen Streitfragen gegeben hat.

[1]) Goldschmidt, Z. Bd. 42 S. 524 No. 126.

Nachtrag.

Nachträglich möchte ich zu Kapitel IV § 11 noch eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 2. November 1903 (Entsch. Bd. 56, S. 100) erwähnen. Diese ist insofern von grosser Wichtigkeit, als der höchste Gerichtshof hier seinen früheren Standpunkt verlassen hat und Auflassung und Eintragung als notwendig zur Übertragung des Eigentums an einer im Miteigentum aller Gesellschafter stehenden Immobilie erklärt. Er begründet dies, wie es auch in der hier vorliegenden Arbeit geschehen, damit, dass die frühere Miteigentumsquote in keiner Weise dem Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen gliche, also eine Eigentumsveränderung unbedingt vorliege.

Lebenslauf.

Ich, Wilhelm-Dirk von Langen, Preusse, römisch-katholischer Konfession, bin am 23. Januar 1884 als Sohn des damaligen Fabrikbesitzers Wilhelm von Langen und seiner Gattin Elsa, geb. Schmidt-Reder in Görlitz, meinem Heimatsort, geboren. — Meine Schulbildung verdanke ich dem humanistischen Gymnasium zu Görlitz, das ich Ostern 1902 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Ich studierte hierauf 6 Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Heidelberg (3 Semester), Berlin (1 Semester), Breslau (2 Semester).

Am 12. Oktober 1905 bestand ich am Oberlandesgerichte zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 10. November 1905 das examen rigorosum.

Vom 31. Oktober 1905 an bin ich dem Königl. Amtsgerichte zu Freiburg i. Schl. als Referendar zur Ausbildung überwiesen.

Während meiner Studienzeit besuchte ich die Vorlesungen der Herren Professoren:

Affolter, Anschütz, Bekker, Brie, Buhl, Dahn, Engelmann, Kuno Fischer, Otto Fischer, Gretener, Hübler, Jellinek, Jörs, Kahl, Kleineidam, Klingmüller, Kohler, Leonhard, Sachs, Semrau, Schäfer, Schmidt, Schröder, Sombart, Wagner, Wolf und Wolff,

denen ich mir erlaube an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank auszusprechen, insbesondere dem Herrn Geheimrat Otto Fischer, der in äusserst liebenswürdiger Weise mir bei der Abfassung vorliegender Arbeit zur Seite stand.